

A NOVA ABORDAGEM DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE À SÍNDROME DA INEFETIVIDADE

THE NEW APPROACH OF THE FEDERAL SUPREME COURT ABOUT INEFFECTIVENESS

Régis Luiz Jordão de Alcântara*

Resumo

Desponta no Supremo Tribunal Federal nova abordagem acerca dos efeitos do mandado de injunção. A mudança paradigmática é uma resposta ao descaso do Poder Legislativo à regularização das normas constitucionais de eficácia limitada. A síndrome da inefetividade, paulatinamente, está sendo extirpada de texto constitucional.

Palavras-chave: Mandado de Injunção. Síndrome da inefetividade. Supremo Tribunal Federal.

Abstract

A new approach on the effects of the writ of injunction is appearing at the Federal Supreme Court. The change is an answer to the carelessness of the Legislative Power regarding the regularization of constitutional rules of limited force. Apparently, ineffectiveness is slowly being eradicated from the text of the Constitution.

Keywords: Writ of injunction. Effects. Ineffectiveness syndrome. Supremo Tribunal Federal.

Introdução

É palmar no texto constitucional a existência de diversas normas cuja efetividade é condicionada à superveniência de lei posterior. São as chamadas normas constitucionais de eficácia limitada. Caracterizam-se por impedir o legislador ordinária de suprimi-las, de sorte que terão eficácia paralisante de efeitos de normas precedentes incompatíveis, e impeditiva de qualquer conduta contrária ao que estabelecem (MORAES, 2006, p.8).

A indeterminação, quanto ao campo de abrangência de uma norma, além de enfraquecê-la, torna-a inadequada aos anseios sociais, que necessitam de uma pronta resposta do Judiciário em caso de violação de um direito previsto, pois

a Constituição de um país é a expressão máxima dos desígnios de uma nação. À sua voz incumbe timbre unísono no tocante à clareza, intensidade e confiabilidade. Ausente um destes elementos, o texto constitucional mostra-se tímido, fraco e, conseqüentemente, duvidoso quanto as suas previsões.

A par disso, o constituinte originário criou o mandado de injunção, objetivando obstacular o vácuo legislativo no tocante à complementação das leis constitucionais de eficácia limitada. Entretanto, o instrumento, na prática, não viabilizava o fim almejado, tendo em mira a adoção majoritária de outrora pelo Supremo Tribunal Federal - STF da corrente não concretista, segundo a qual ao tribunal somente é possível o reconhecimento formal da inércia, cuja finalidade apenas se resume na comunicação ao

* Especialista em Direito Processual pela Universidade da Amazônia. Advogado.

Senado Federal da falta de norma necessária à efetividade do direito constitucionalmente previsto, a fim de que tome providência no sentido de supri-la.

Deste modo, a inexecuibilidade das normas de eficácia limitada perdurava, pois, se de um lado o Legislativo não tomava a iniciativa de eliminar a lacuna constitucional; de outro lado, a Corte Suprema a mantinha em face da posição não concretista vigorar em seu cerne.

No entanto, vozes dissonantes passaram a permear os corredores do STF. Eclodiu uma nova celeuma acerca da complementação do direito à greve dos servidores públicos. Hoje, há decisões plenárias em sentido inverso à corrente não concretista. O acórdão paradigmático surgiu, de fato, no julgamento do MI-708, Relator Min. Gilmar Ferreira Mendes, versando a respeito da possibilidade do Supremo atuar com vistas a excluir a mora congressista através de regramento provisório sobre o direito de greve dos servidores públicos. Esta nova abordagem é salutar na atuação do Supremo Tribunal Federal, na condição de guardião da Constituição, no sentido de suprimir o vácuo legislativo em prol da consecução do sentido teleológico de um Estado Democrático de Direito¹.

Conduta esta que põe em evidência as novas tendências jurisdicionais em prol do menoscabo à síndrome da inefetividade.

1 Classificação das normas constitucionais

De proêmio, saliente-se que classificação é ato de ordem doutrinária unido pelo sentido do objeto de estudo e separado pela vaidade de cada doutrinador. Objetiva organizar as peculiaridades de cada estudo, tornando-o mais claro. De um lado, há classificações minudentes, pontuando-se uma miríade de divisões que geralmente turvam a distinção e, por via de conseqüência, deturpam o intuito didático da categorização. De outro lado, há classificações simples, de modo que são notáveis por sua clareza e precisão de sentido; entretanto, pecam por às vezes deixar a mercê o esclarecimento de determinados porquês que via de regra são suscitados ao longo de um estudo crítico. Esta linha classificatória mostra-se mais adequada ao estudo das normas constitucionais.

No dizer de Marcelo Novelino (2007, p.153):

Toda classificação doutrinária é subjetiva e, de certa forma, arbitrária. Sua utilidade pode ser aferida na medida em que, tomando em consideração um determinado critério, facilita a compreensão de uma dada realidade.

Outra premissa, cujas nuances devem ser fincadas, diz respeito à definição² de norma constitucional. Em verdade, norma constitui fonte donde os princípios e as regras retiram sua substância, ou melhor, é gênero que possui como espécies os princípios e as regras. Os princípios são comandos normativos qualificados pelo primado axiológico que traçam em um ordenamento. São vetores que apontam a direção a ser seguida por suas primogênicas – as regras. Nas palavras de Robert Alexy (1993, p.86-87), são mandamentos de otimização, ou seja, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades reais e jurídicas existentes. Ao passo que as regras são comandos normativos, compostas de um mando específico, cujo campo de abstração é restrito³. Por imporem resultados peculiares, devem ser compostos de todas as exceções possíveis, caso contrário confundir-se-ão com os princípios, em virtude de estes possuírem caráter *prima facie*; ou seja, admitem temperamentos a respeito de sua aplicabilidade no caso concreto, enquanto as regras apresentam cunho definitivo, de modo a encetar a conduta do dever-ser.

Fincadas as premissas, seguir-se-á a proposta em berlinda. Utilizar-se-á, para tanto, a categorização concebida por Maria Helena Diniz (1992), ressonante em boa parte da doutrina. Segundo a autora as normas constitucionais são divididas em: de eficácia absoluta, plena, relativa restringível e relativa complementável ou dependentes de complementação.

O seu ponto de destaque reside na menção da presença no texto magno de normas de eficácia absoluta, porquanto as demais somente constituem etiquetas diferentes para o mesmo conteúdo; ou seja, as demais correspondem respectivamente à clássica classificação de José Afonso da Silva⁴ (2003).

De acordo com a doutrinadora, as normas de

¹ Expressão jurídica cujo significado transmite a formação de um Estado que adota a democracia como forma de governo, bem como que obedece suas próprias leis.

² Definir é ato interpretativo próprio, decorrente da análise de um observador em particular; ao passo que conceituar é ato interpretativo cuja análise decorre de um senso comum a respeito das qualidades do objeto observado. Assim, a definição é ato volátil, variável segundo a visão de cada observador; enquanto o conceito é perene, sólido, embora não seja imutável.

eficácia absoluta seriam impassíveis de qualquer modificação. Constituiriam a essência da Carta Magna tida por rígida⁵. São, portanto, as cláusulas fundamentais de um Estado Democrático de Direito. Residem nos respectivos incisos do §4º do art.60 da Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB. São eles: a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e o direito e as garantias individuais. Ante sua intangibilidade, são insuscetíveis de alteração pelo Poder Derivado Reformador⁶.

Em virtude de sua imperatividade, marcada pela imutabilidade de seu conteúdo, tais normas possuem aplicação imediata, direta e integral. Imediata, pois independem de legislação ulterior a disciplinando. Direta, pois são aptas a produzir, desde sua promulgação, todos os efeitos que lhes são afeitos. Integral, impassíveis de restrições por parte do legislador infraconstitucional.

Em um grau abaixo das normas de eficácia absoluta, deparam-se as normas de eficácia plena. Quanto a esta, ambos os doutrinadores – Maria Helena Diniz e José Afonso da Silva – adotaram igual denominação. Distinguem-se da anterior somente em razão da possibilidade de modificação mediante emendas constitucionais; ou seja, no concernente aos demais caracteres, quanto à aplicação (direta, imediata), equivalem-se⁷. Grande parte do texto magno foi inculpido por elas. Exemplificando: normas proibitivas (CRFB, art.145, §2º), imunizantes (CRFB, art.150, I-VI).

Muito embora seja cediça a sua aplicabilidade imediata, na prática há mitigação. Os direitos e garantias fundamentais enumerados pelo art.5º da CRFB são auto-aplicáveis: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (CRFB, art.5º, §1º); entretanto, vários princípios lá preceituados não passam de uma poesia trovadoresca como, e.g., o princípio da duração razoável do processo inserido pela Emenda Constitucional nº. 45/04: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (CRFB, art.5º, LXVIII).

No terceiro setor normativo estão as normas de eficácia relativa restringível (para Diniz), ou de eficácia contida (para Silva). Categorizadas como de eficácia imediata, indireta e integral. Destaca-se a segunda (eficácia indireta), que assim será em virtude de a concretização de seus efeitos condicionarem-se à legislação infraconstitucional ulterior. Convém assinalar que a sua integralidade possui efeito negativo, quero dizer, o comando normativo não poderá ser suprimido por lei posterior, mas tão-somente consolidado⁸, através de dispositivos que lhe aperfeiçoem o conteúdo. Geralmente são ultimadas por expressões: “nos termos da lei”, “na forma da lei”, a exemplo do direito a liberdade do trabalho previsto no inc. XIII do art.5º da CRFB: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

Por derradeiro, a quarto setor normativo constitucional – as normas de eficácia relativa complementável (para Diniz) e, singelamente, as normas de eficácia limitada (para Silva). Constituem o alvo da discussão que ora se instaura. Ante o truísmo de sua denominação, apercebe-se a fragilidade de seus desígnios. São normas que anseiam por sua atuação no cenário social, limitadas, entretanto, em face do silêncio caprichoso do Poder Legislativo no que toca à prestação de seu ofício constitucional.

No concernente a sua categorização, são normas de eficácia mediata, indireta e reduzida. Seu mediatismo advém da categórica necessidade de complementação mediante lei ulterior no sentido de dar-lhe firmamento em seu exercício jurídico. Por via de consequência, diz-se indireta pela precisão da atuação dos provedores legislativos a fim de que a norma seja substancialmente eficaz no cenário jurídico, de sorte a lhe garantir aplicabilidade social. A doutrina divide-as em normas de princípio institutivo (ou organizatório) e normas programáticas.

As primeiras são dispositivos legais referentes, como a nomenclatura já indica, à organização do Estado. A constituição traça

⁴ Normas constitucionais de eficácia plena, contida e limitada.

⁵ MORAIS (2006, p.6) afirma que a Constituição brasileira, em verdade, deveria ser denominada como super-rígida; isso porque, embora suas normas sejam alteradas por processo legislativo diferenciado, excepcionalmente, em alguns pontos é imutável – cláusulas pétreas.

⁶ Filho (2006, p.28) apregoa que: “Caracteriza-se o Poder Constituinte instituído por ser derivado (provém de outro), subordinado (está abaixo do originário, de modo que é limitado por este) e condicionado (só pode agir nas condições postas pelas formas fixadas) pelo originário”.

⁷ De simplória dedução é o azo que afastou a integralidade de aplicação das normas de eficácia plena. Como dito, por se adotar a classificação lecionada pela Professora Maria Helena Diniz, estas normas são passíveis de modificação mediante emenda constitucional.

somente a essência da estrutura, deixando ao alvedrio do legislador sua complementação. Frisase, no ponto, que a legislação infraconstitucional decorrente está adstrita aos termos estabelecidos constitucionalmente. Como exemplos se apontam o §2º do art.18 da CRFB: “Os Territórios Federais integram a União, e sua criação, transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem serão reguladas em lei complementar”. É notória, na leitura desta regra, a necessidade de complementação mediante norma posterior, bem como seu caráter organizatório ou institutivo.

As segundas (normas programáticas) dizem respeito a comandos legais que alvejam determinados fins a serem atingidos pela sociedade, porém não indicam os meios para alcançá-los. É uma lista de boas intenções a ser perseguida pelos operadores do direito. José Afonso da Silva (2004, p.125) apregoa que:

São normas que envolvem um conteúdo social e objetivam a interferência do Estado na ordem econômico-social, mediante prestações positivas, a fim de propiciar a realização do bem comum, através da democracia social.

Estão previstas em abundância no título VII e no título VIII do texto magno, a exemplo da repreensão ao abuso do poder econômico que vise à dominação do mercado (CRFB, art.173, §4º) e produção e conhecimento de bens e valores culturais (CRFB, art.216, §3º). Demais disso, não se pode olvidar de citar o direito de greve dos servidores públicos como norma de eficácia relativa complementável⁹ (CRFB, art.37, inc.VII) por ser o alvo de especulação do presente trabalho.

Via de regra, tais normas são vistas com reservas. Muitos juristas as vislumbram sobre o viés vetorial. Quer se dizer que não a contemplam materialmente. Consideram-nas modelos a serem seguidos, e não cumpridos. Como esQUIVA para a sua execução, situam-nas sob o prisma da reserva do possível, pondo o Estado como ente dotado de limitação diante da vontade do constituinte originário, transformando o texto constitucional em uma singela carta de intenções. Personificam-no como candidatos a cargos eletivos, cujo portfólio

de promessas transcende o próprio poder de atuação do cargo. Segundo o magistério de José Afonso da Silva (2004, p.177-178), incumbe aos operadores do direito vê-las, tão-somente, sob o enfoque negativo, e não positivo. Sem embargo da autoridade do constitucionalista, defender esta perspectiva corresponde a uma mácula à execução dos ditames constitucionais, ou melhor, um retrocesso ante seu avanço normativo. Não basta negar a supressão de um direito (eficácia negativa), é necessária sua efetivação. Um direito somente é constituído a partir da eclosão de sua atividade. Submetê-lo a ulterior regulação parlamentar para o tornar atuante, equivale a dá-lo com uma mão e retirá-lo com a outra. Por oportuno, transcreve-se explanação do Min. Celso de Mello¹⁰ sobre o tema:

Não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

Fortifica a argumentação o fato de que a própria Constituição prevê expressamente a aplicação imediata das normas e garantias fundamentais (CRFB, art.5º, §1º). Medida salutar em apreço ao princípio constitucional da máxima efetividade. Segundo Luís Roberto Barroso (1996, p.220), as normas constitucionais devem ser interpretadas de modo a lhes conferir o maior grau de efetivação possível. Afora isso, Canotilho (2000, p.1.187) leciona a transcendência na utilização de tal princípio, de sorte que sua aplicação não se resume à interpretação das normas programáticas, como também, e em especial, à interpretação dos direitos fundamentais.

2 Mandado de Injunção

Antes de se adentrar na tônica do tópico, é curial desvendar o porquê de sua nomenclatura. De acordo com o dicionário eletrônico *Houaiss*, injungir significa impor obrigação de algo, ordenar expressamente. Assim, mandando de injunção é um mecanismo constitucional utilizado para se

⁸ Esta consolidação, de acordo com Silva (2003, p.104), consiste na criação de regras contendoras da norma constitucional, restringindo sua aplicação a determinados casos.

⁹ No ponto, registra-se a divergência acerca da eficácia do direito de greve como norma constitucional, porquanto parte da doutrina insere-o no rol das normas de eficácia relativa restringível (contida). Neste sentido, Diógenes Gasparini (2006, p.195), ombreando-se em Celso Antônio Bandeira de Mello, afirma que: “[...] a norma em apreço é de eficácia contida (a que tem aplicabilidade imediata, integral, plena, não obstante possa ter seu alcance reduzido pela legislação infraconstitucional). Essa lei ainda não foi editada. Não obstante isso, o direito de greve do servidor público é exercitável,

impor ao legislador o dever de preencher o vácuo legislativo. É instrumento processual novo no cenário jurídico. Foi inserido na lei fundamental pela CRFB de 1.988. Encontra-se prevista no inc. LXXI do art.5º, que assim dispõe:

conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

O dispositivo prevê a satisfação de três requisitos para sua utilização: a) existência de direito constitucional passível de arguição de ineficácia em decorrência de falta de norma regulamentadora, b) pertinência do direito vindicado ao caso mencionado pelo impetrante e c) e que esta arguição tenha viés de se relacionar com a impossibilidade de exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania.

À primeira impressão, o mandado de injunção é instrumento utilizável para qualquer direito constitucional que esteja engessado por falta de atuação de órgão público capaz de regular a matéria impassível de manejo, tendo em mira a abrangência das hipóteses a cuja impetração faz-se pertinente. Entretanto, há vozes doutrinárias dissonantes segundo as quais a manifesto injuntivo só se perfaz na seara dos direitos fundamentais e políticos. Neste sentido, é o magistério de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2006, p.321):

Disto resulta que, como é óbvio, não alcança outros direitos, por exemplo, os inscritos entre os direitos sociais. Realmente, a parte final - “inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” – restringe o alcance desse mandado. Ele serve para garantir os direitos, liberdades e prerrogativas diretamente vinculados ao

status de nacional (os do art.5º, cujo caput reconhece aos brasileiros determinados direitos fundamentais, ou que possam ser deduzidos do Cap.III do Tít.II, capítulo este relativo à nacionalidade), ao de cidadão, quer dizer, o nacional politicamente ativo que, como integrante do povo, o soberano na democracia, tem participação no governo, como direito de voto, e a elegibilidade (são os direitos, liberdades e prerrogativas que podem ser deduzidas do Cap.IV do Tít.II – capítulo sobre os “Direitos políticos”).

O autor arremata ao final que, no tocante aos demais direitos e para que uma expectativa de direito passe a direito subjetivo, incumbe ao impetrante o manejo de ação direta de inconstitucionalidade por omissão:

A omissão de norma regulamentadora referente a outros campos, bem como a de norma necessária para que uma expectativa de direito passe a direito subjetivo, reclama, não o mandado de injunção, mas ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Não obstante a autoridade das palavras do referido autor, não merece guarida sua argumentação. Admiti-la equivale a cegar diante da literalidade do dispositivo. Ao pormenorizar as prerrogativas suscetíveis de arguição mediante o instrumento injuntivo, o constituinte originário não o restringiu a estas hipóteses, mas sim as utilizou a título de exemplificação. Raciocínio este coerente diante da prévia menção a seu emprego em situações de inviabilidade de direitos e garantias fundamentais. É palmar que os direitos sociais são agasalhados pelo manto dos direitos fundamentais, porquanto o capítulo II que os abriga é abrangido pelo título II (das garantias e dos direitos fundamentais). Afora isso, negar a qualquer do povo o manejo de

ressalvadas, como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, apenas as necessidades inadiáveis da comunidade, identificadas segundo um critério de razoabilidade. Tais necessidades inadiáveis da comunidade não podem sofrer solução de continuidade, conforme se infere do disposto no §1º do art.9º da Constituição Federal. De fato, se até para os trabalhadores em geral o atendimento dessas necessidades é imposto pela Lei Maior, não seria crível que em relação aos servidores pudesse ser diferente e que todos os serviços fossem paralisáveis pela parede [...]. De outro lado, José dos Santos Carvalho Filho (2004, p.571), preconiza que: “[...] o direito de greve constitui, por sua própria natureza, uma exceção dentro do funcionalismo público, e isso porque, para os servidores públicos, administrativos ou não, incide o princípio da continuidade. Desse modo, esse direito não poderá ter a mesma amplitude do idêntico direito outorgado aos empregados da iniciativa privada. Parece-nos, pois, que é a lei ordinária específica que vai fixar o real conteúdo do direito, e, se ainda não tem conteúdo, o direito sequer existe, não podendo ser exercido, como naturalmente se extrai dessa hipótese”.

¹⁰ STF, RE-Agr393175 / RS, Rel: Min. Celso de Mello, 2ªT, 12/12/2006.

remédio constitucional nos casos de supressão ou mero obstáculo ao exercício de um direito magno é medida que destoaria da sistemática constitucional erguida sob a égide de um Estado Democrático de Direito¹¹. A restrição à reclamação de carência de complementação de direito constitucional aos cargos de alta representatividade social é ato que afronta a máxima: “o poder emana do povo” – princípio fundamental da Constituição (CRFB, art.2º, parágrafo único), e, como consequência, demonstra o exercício de governo democrático às avessas, cujos interesses são ditados por uma distinta e imperiosa coletividade. Robustecendo a argumentação suscitada, Alexandre de Moraes (2006, p.154) consubstancia o entendimento de boa parte da doutrina ao enunciar a abrangência do objeto do mandado de injunção:

As normas constitucionais que permitem o ajuizamento do mandado de injunção assemelham-se às da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e não decorrem de todas as espécies de omissões do Poder Público, mas tão-só em relação às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo de caráter impositivo e das normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, por dependerem de atuação normativa ulterior para garantir sua aplicabilidade [...].

Arrematando à oposição a explanação ministrada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Alexandre de Moraes, ombreado por Flávia Piosevan (1996, p.126 apud Moraes, 2006, p.155-156), afirma que: “o mandado de injunção poderá ser ajuizado por qualquer pessoa cujo exercício de um direito, liberdade ou prerrogativa constitucional esteja sendo inviabilizado em virtude da falta de norma reguladora da Constituição Federal”.

Aproveitando o embalo da explanação, passa-se ao estudo da legitimação do instrumento injuntivo. No concernente à legitimidade ativa, seu exercício é destinado a qualquer do povo. Quanto à legitimidade passiva, cumpre consignar que deve ser imputada ao ente público responsável pela elaboração da lei alvo de invocação, uma vez que a falta na complementação da norma é relacionada à

sua inoperância. Todavia, variará conforme o ente estatal. Se federal, será o Congresso Nacional; se estadual, será a Assembléia Legislativa, por exemplo.

Retomando-se o estudo das peculiaridades do instrumento processual injuntivo, a competência para a sua apreciação é restrita. Sem embargo de constituir um mecanismo de controle de constitucionalidade de casos concretos, apenas o STF (CRFB, art.102, inc. I, q), STJ (CRFB, art.105, inc.I, h), TSE e TER (CRFB, art.121, §4º, inc.V). Logo, trata-se de controle difuso limitado. Todavia, nada obsta a possibilidade de constituições estaduais e leis federais estabelecerem outras hipóteses de competência. Não há reservas constitucionais neste sentido.

Demais disso, é garantia constitucional auto-aplicável (CRFB, art.5º, §1º) e pode ser impetrado em prol de uma coletividade, a exemplo da regulamentação do direito de greve vindicado pelos servidores públicos. Neste sentido, pronunciou-se o Min. Celso de Mello no julgamento do MI nº. 20¹² de sua relatoria, nestes termos: “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de admitir a utilização, pelos organismos sindicais e pelas entidades de classe, do mandado de injunção coletivo”.

2.1 Mudança paradigmática do Supremo Tribunal Federal frente às formas de provimento do mandado de injunção

A doutrina prevê duas formas de provimento do mandado de injunção: posição concretista e posição não-concretista. A primeira restringe a atuação do STF a mero informante do estado de ineficácia da norma constitucional, de sorte que sua atividade limita-se a comunicar ao Poder Legislativo a falta de produção legislativa, a fim de que este a supra. A segunda dota o STF de competência para sanar o vácuo legislativo mediante concepção de normas a serem aplicadas ao caso suscitado. Em ressalva, há uma terceira posição excepcionada pela doutrina correspondente à fusão entre as

¹¹ Como consignado em linhas pretéritas, o Estado Democrático de Direito é expressão designativa de um Estado cujo sucedâneo da democracia é a lei; ou seja, é imprescindível que a lei preveja instrumentos hábeis à consecução dos ideais democráticos.

¹² MI 20 / DF, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, 19/05/1994.

¹³ Posição defendida pelo ex-ministro do STF Néri da Silveira. Assevera que após julgada a procedência do mandado de injunção, seria fixar prazo de 120 dias para que o Congresso Nacional elaborasse a norma regulamentadora. Ao término do prazo, se a inércia permanecesse, ao Judiciário incumbiria a fixação das condições necessárias ao exercício do direito da parte autora (MI 335-1, Rel. Min. Celso de Mello, Seção I, 23/09/1994).

duas anteriores, chamada posição mista ou intermediária¹³, segundo a qual *ab initio* incumbiria à Suprema Corte a comunicação da omissão legislativa; caso silenciasse o Poder Legislativo acerca do impasse, a competência para supri-lo seria do STF, restringindo-se, diga-se de passagem, a fixação das regras necessárias ao exercício do direito vindicado ao caso concreto.

A posição não-concretista há muito permeia a bancada da Suprema Corte. Os ministros eram veementes ao afirmarem a desincumbência do Poder Judiciário ingerir nos misteres legislativos. O mandado de injunção era um mero mecanismo de desabafo. Para fins de ilustração, veja-se pronunciamento do ex-Min. Moreira Alves no julgamento do MI nº. 107-3/DF¹⁴: “O Supremo, juiz ou tribunal que decidisse a injunção, ocupando a função do Poder Legislativo, o que seria claramente incompatível com o sistema de separação de poderes”.

A Corte Maior, contudo, paulatinamente veio a pisar em outros solos, conquanto de forma não incisiva. Alguns Ministros, em resposta à indiferença parlamentar no trato dos entraves diretos das normas constitucionais contidas eficazmente em razão de sua omissão legiferante, passaram a titubear diante da aplicação da corrente não-concretista. Os Ministros Eros Grau e Gilmar Ferreira Mendes, na apreciação do MI nº. 670-9/ES¹⁵ e nº. 712-8¹⁶, já vislumbraram a possibilidade de regulamentação da matéria – direito de greve dos servidores públicos – no sentido de que, na mora do Legislativo, os servidores públicos podem exercer o direito de greve nos termos da legislação aplicável aos trabalhadores em geral – Lei nº. 7.783/89. O Min. Marco Aurélio, neste mesmo passo, coadjuvou na transmutação posicional, porém de outro ponto obscuro na legislação infraconstitucional – regulamentação da aposentadoria especial (CRFB, art.40, §4º) – conforme se apercebe de seu voto na apreciação do MI nº. 721/DF¹⁷:

Em seguida, salientando o caráter mandamental e não simplesmente declaratório do mandado de injunção, asseverou que cabe ao Judiciário, por força do disposto no art. 5º, LXXI e seu § 1º, da CF, não apenas emitir certidão de omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a

prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, mas viabilizar, no caso concreto, o exercício desse direito, afastando as conseqüências da inércia do legislador.

Reluzia, assim, um novo entendimento do STF frente à síndrome da inefetividade. Neste diapasão, convém a digressão sobre a separação de poderes como argumento eloqüente no tocante a obstacularização a vivência da corrente concretista. Após sua elucidação, passa-se à explanação acerca do MI nº. 708, sobre cuja discussão a aplicação da corrente concretista foi debatida com maior apreço.

A separação de poderes é preceito jurídico histórico presente em todas as constituições brasileiras. Desde a mais remota constituição¹⁸ (Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1.891) até a atual constituição (Constituição República Federativa do Brasil de 1.988), o preceito – poderes independentes e harmônicos entre si – faz-se presente. Tendo em vista a reincidência em cada ordenamento jurídico do ideal de separação do poder político de Montesquieu, o preceito tornou-se um dogma. Porém, aos olhos do hermeneuta, a verdade absoluta é a que mais pode ser questionada, em apego ao brocardo: “a exceção confirma a regra”. Em suma: dogmas são inverdades disfarçadas pelo manto da história. Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2006, p.135-136), versando sobre o tema, questiona-se a respeito de seu embasamento e prospecção futura: “Historicamente, desempenhou ela papel relevante, contribuindo, e não pouco, para a instauração do governo moderado. Hoje, todavia, Neste prisma, finca-se que a teleologia invocada por Montesquieu na tripartição dos poderes era de harmonizá-los em prol da consecução dos valores estabelecidos pela lei das leis. Sua supressão, desta forma, deveria ser aprazível sempre que sua manutenção contrariasse o sentido axiológico constitucional. No ponto, oportuno é a lição de Canotilho e Moreira (1993, p.187):

Um sistema de governo composto por uma pluralidade de órgãos requer necessariamente que o relacionamento entre os vários centros de poder seja pautado por normas de lealdade constitucional (*Verfassungstreue*, na terminologia alemã). A lealdade institucional compreende duas vertentes, uma positiva, outra negativa. A primeira consiste em que

¹⁴ MI 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno, 21/11/1990.

¹⁵ Voto proferido em 07.06.2006.

¹⁶ Idem.

os diversos órgãos do poder devem cooperar na medida necessária para realizar os objetivos constitucionais e para permitir o funcionamento do sistema com o mínimo de atritos possíveis. A segunda determina que os titulares dos órgãos devem respeitar-se mutuamente e renunciar a prática de guerrilha institucional, de abuso de poder, de retaliação gratuita ou de desconsideração grosseira. Na verdade, nenhuma cooperação constitucional será possível, sem uma deontologia política, fundada no respeito das pessoas e das instituições e num apurado sentido de responsabilidade de Estado (*statesmanship*).

A missão enunciada pela separação dos poderes situa-se no sentido de que a cooperação entre eles objetiva o alcance dos fins almejados pelo Estado. A consecução dos valores constitucionais é seu corolário, portanto. Assim, a interpretação do texto constitucional não se filia a uma resposta única. A mitigação de dogmas é medida salutar na consagração da expressão máxima da constituição, a saber, vivenciar o exercício de seus valores. Ademais, a criatividade dos juristas na superação de dogmas é tarefa fundamental à renovação do direito em busca da obtenção dos fundamentos constitucionais, conforme ressaltado por Jean Cruet (1956, p.24):

O juiz, esse “ente inanimado”, de que falava Montesquieu, tem sido na realidade a alma do progresso jurídico, o artífice laborioso do direito novo contra as fórmulas caducas do direito tradicional. Esta participação do juiz na renovação do direito é, em certo grau, um fenômeno constante, podia dizer-se uma lei natural da evolução jurídica: nascido da jurisprudência, o direito vive pela jurisprudência, e é pela jurisprudência que vemos muitas vezes o direito de evoluir sob uma legislação imóvel.

Nesta ótica, digno de registro é o fenômeno alcunhado de constitucionalização do Direito, consistente no louvor aos preceitos constitucionais na apreciação das questões capitais do Estado, aguçando a sua interpretação. Daniel Sarmento (2007, p.114-115) esclarece que:

Porém, há algo profundamente novo na terra *brasilis*. Pela primeira vez na nossa história, os mais relevantes conflitos políticos e sociais estão sendo equacionados a partir da Constituição –

do impeachment de um Presidente da República até reformas da Previdência Social; do aborto de feto anencéfalo até o controle de atos de CPIs. Antes, diante de um tema politicamente explosivo, importava saber o que pensava as Forças Armadas. Agora, muito mais relevante é a perscrutar como o STF interpretará as normas constitucionais incidentes sobre o caso.

Assim, o STF assume não só a obrigação de guardião da Constituição no tocante a sua validade. Em verdade, seu ofício vai além. Sua atividade deve voltar-se para o resguardo do espírito da lei das leis, garantindo-lho. Nagib Slaibi Filho (2006, p.110) perfilha neste sentido:

A forma federativa de Estado exige a existência de um órgão que interprete e custodie a validade da Constituição. Nesse relevante papel, tal órgão não está, verdadeiramente, subordinado à Constituição, podendo construir, da forma mais completa, todo o sistema político. A mais alta Corte constrói a Constituição pelo que podia ser o antigo Presidente da Suprema Corte americana, Charles Evans Hughes: *We are under a Constitution but the Constitution is what the judges say it is*.

A nova roupagem a que o STF dá ares de assunção (corrente concretista) parte desta visão acerca da atribuição que lhe foi conferida. A tensão que poderia haver entre a constitucionalização do Direito e a democracia, não procede também neste debate. Isso porque o mandado de injunção é um instrumento de constitucionalização, pois impõe ao legislador sua atuação na regulamentação de um direito constitucional precário; por sua vez, a democracia encontra sua expressão máxima na atribuição da vontade de povo por meio de seus representantes, consubstanciados na figura do Poder Legislativo. Quero dizer com isso que tanto o mandado de injunção, como instrumento processual hábil a consecução da constitucionalização do Direito, bem como o Poder Legislativo, como órgão maior da democracia, apontam para a mesma direção: efetivação dos anseios de um Estado Democrático de Direito.

Salienta-se ainda que o constitucionalismo, devido sua função de protetor dos valores e princípios da constituição, pode inclusive impor sua vontade à população, tendo em vista que nem sempre as multidões distinguem a melhor escolha

¹⁸ Em verdade, a Constituição Política do Império do Brasil de 1.824 é o ordenamento maior mais antigo, porém, ao seu tempo a divisão de Poderes recebeu o influxo da teoria dos poderes erigida por Benjamin Constant, dividindo-o em: Poder Legislativo, Moderador, Executivo e Judicial. Somente a partir de Montesquieu, em sua obra *O Espírito das Leis*, eclodiu a sistemática atual de separação das funções políticas em: Poder Legislativo, Executivo e Judiciário. Eis, portanto, o motivo da supressão da Carta de 1.891 da explanação.

para o interesse coletivo. Entretanto, no caso em exame, há, pelo contrário, correspondência entre eles, o que torna mais premente a atuação da Suprema Corte.

2.2 Mandado de Injunção nº. 708: leading case

É cediço o titubeio por cuja posição não concretista está a passar. Nisso não há qualquer surpresa. A indiferença do Poder Legislativo na prestação de seu dever constitucional não pode servir de sucedâneo à imobilidade do Poder Judiciário no cumprimento de seu mister constitucional. Aqui, uma mão não lava a outra. A posição concretista há de despontar. Nesta ótica, o STF, na figura do Min. Gilmar Ferreira Mendes, relator do MI nº. 708, protagonizou a mudança paradigmática que se apercebe na bancada da Corte Suprema no tocante às formas de provimento do mandado de injunção.

São três os pontos de relevo na argumentação esposada pelo ministro¹⁹: 1º) a utilização da lei geral de greve na regulamentação da greve dos servidores públicos (Lei nº. 7.783/89), por meio de sentenças aditivas, enquanto não suprida a lacuna legislativa, notadamente na possibilidade de imposição de um regime de greve mais severo em razão da essencialidade dos serviços prestados, segundo o teor dos artigos 9 a 11 da referida lei; 2º) em conseqüência, a evolução da interpretação do Supremo Tribunal Federal na regulação de uma legislação provisória pelo Poder Judiciário, afastando-se o fantasma da inefetividade do direito de greve dos servidores públicos em virtude do descaso do Poder Legislativo para com sua regulamentação; 3º) o desígnio da competência dos tribunais para tratar das questões relacionadas à greve dos servidores públicos a partir da decisão.

O primeiro ponto se resume à explanação acerca das sentenças aditivas. Tal expediente jurisdicional é aplicado com vistas a estender uma norma à situação não lhe conferida, quando a omissão importar em violação ao princípio da igualdade. Zagrebelsky (1977, p.157) define-as expedientes utilizadas quando:

Uma disposição tem uma carga normativa inferior àquela que, constitucionalmente, deveria possuir. A corte constitucional intervém nestes casos, declarando inconstitucional a

disposição na parte na qual não prevê algo, pretendendo que este conteúdo normativo ulterior seja introduzido no ordenamento, não obstante em presença de um texto que – mesmo depois da sentença da corte – não é de per si idôneo ao exprimi-lo.

Complementando a definição de Zagrebelsky, Vezio Crisafulli e Livio Paladin (1990, p.802) estabelecem que:

[...] a Corte Constitucional, mediante as sentenças aditivas, não cria livremente norma jurídica, como o faz o legislador, limitando-se a individuar aquela que, presente no ordenamento ou suscetível de extração dos princípios constitucionais, é capaz de preencher o vazio que deriva da omissão reconhecida pela decisão.

As sentenças aditivas, portanto, conferem ao magistrado a possibilidade de preencher no ordenamento jurídico sem inová-lo, ou seja, sem atuar como se legislador fosse, de modo a permitir o exercício de um direito constitucionalmente previsto. Seguiu este influxo a pronunciamento do Min. Gilmar Mendes ao adotar provisoriamente a Lei nº. 7.783/89 no exame do direito de greve dos servidores públicos.

Em ressalva, registra-se que no tocante à obediência ao princípio da igualdade no trato da legislação geral de greve aplicada aos servidores públicos, excepcionou-se a necessidade de adequação diante da essencialidade dos serviços desempenhados na seara pública, de modo a não sobrepujar a continuidade do serviço público. Ou seja, incumbe ao jurisconsulto seguir a máxima aristotélica segundo a qual se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade.

O segundo ponto é correlato ao primeiro, tendo em vista que o completa no tocante ao mecanismo usado para o preenchimento da omissão legislativa, a saber, a interpretação analógica, consagrada nas fórmulas de experiência – casos iguais regem-se por normas iguais (*ubi eadem ratio eadem dispositio*) –, e remansosa na doutrina. Paulo Bonavides (2000, p.403) ressalta a sua importância em face de prover o sistema jurídico de coesão e unidade, nestes termos:

Com efeito, uma controvérsia demanda solução; em faltando, porém, a norma precisa que regule a espécie contemplada, o intérprete vale-se da

¹⁹ Dados coletados do Informativo nº. 468.

disposição contida numa regra geral aplicável a casos semelhantes ou matérias análogas e por essa via opera e confirma a máxima da coesão e unidade lógica do sistema jurídico (*logische Geschlossenheit des Rechtes*).

Apercebe-se a perspectiva de analogia como processo de integração, tendo em mira sua finalidade precípua de preencher lacunas que inviabilizem a percepção do ordenamento jurídico em sua unicidade. Nawiasky (1948, p.147 apud Bonavides, 2000, p.403) robustecendo o teor integrativo da interpretação analógica, afirma que:

[...] Em rigor não há interpretação analógica, mas um processo de integração por analogia. Tudo está contido no sistema jurídico. Somente graças a essa unidade é que se permite falar em interpretação analógica, visto que o aplicador da lei, tendo recurso à analogia, em verdade não cria um novo direito nem se coloca na posição de legislador, mas tão-somente cumpre a tarefa de descobrir ou explicitar um direito latente, que já existe o interior do sistema.

Depreende-se, neste panorama, que a Corte Constitucional não agiu como legislador. Com efeito, sua atuação se pautou restritamente na utilização da interpretação analógica, mediante sentença aditiva, como forma de integralizar o sistema jurídico, tornando-o conforme ao princípio da igualdade na visão aristotélica.

O terceiro ponto apenas traz à tona a solução jurídica plausível quanto ao estabelecimento da competência para a apreciação das causas envolvendo direito de greve no serviço público. No ponto, retoma-se indagação abordada no segundo tópico concernente à legitimidade passiva do mandado de injunção, a fim de reforçá-la. A alteração que se instaura no concernente à forma de provimento do instrumento injuntivo não modifica a legitimidade passiva. Como dito, o STF não agiu na qualidade de legislador. O uso da interpretação analógica, ademais, é forma provisória de se sanar o óbice ao exercício de greve no serviço público. Assim, remanesce a mora legislativa na regulamentação da norma.

Não obstante isso, curial era o desígnio de regulamento hábil a tratar dos conflitos que surgiriam à mercê do novo posicionamento. Para tanto, o Min. Gilmar Mendes decidiu que as turmas dos Tribunais do Trabalho, responsáveis pela solução de conflitos coletivos, para o julgamento das lides grevistas

no serviço público, cujas regras encontram-se disciplinadas na Lei nº. 7.701/88, seriam competentes para o julgamento de tais litígios.

O mesmo entendimento, delineado pelo Min. Gilmar Mendes, foi seguido pelos Ministros Eros Grau, Celso de Mello, Menezes Direito, Carlos Britto, César Peluso, Carmén Lúcia e Ellen Gracie. Todavia, os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, divergiram do relator em dois pontos: restrição dos efeitos do mandado de injunção ao requerente e inadequação da Lei nº. 7.783/89 na contemplação do direito de greve dos servidores públicos²⁰.

Convém salientar, nesta esteira, a divisão doutrinária da corrente concretista em geral e em individual. Na primeira, a decisão do Tribunal Constitucional teria efeito *erga omnes* e vigeria até sua regulamentação legislativa ulterior. Na segunda, a Corte Constitucional somente aplicaria a decisão *inter parts* (MORAES, 2006, 160). Então, o choque entre a bancada vencedora e a bancada vencida do STF advém da disparidade entre as correntes concretistas? Vejamos.

O Min. Gilmar Mendes, na verdade, não apregou em sua literalidade a corrente concretista geral. Sua argumentação foca-se na analogia como meio de integração contundente à viabilização do direito de greve dos servidores públicos, embora traduza adinículo de sua utilização, porquanto o meio (interpretação analógica) alcance o mesmo fim (normatização provisória por parte do Poder Judiciário). Com efeito, supõe-se o manejo de artifício jurídico com o propósito de não acirrar controvérsias a respeito da transcendência da competência do Supremo Tribunal Federal no trato de atribuições pertinentes ao Poder Legislativo, malgrado, como já demonstrado, esta possa ser afastada em apreço a constitucionalização do Direito, de um lado, e a estima à democracia, de outro lado. Portanto, infere-se do exposto a tendenciosa mudança para a corrente concretista.

Volvendo-se para a bancada divergente do Supremo Tribunal, vislumbra-se a adoção da corrente concretista individual. A argumentação esboçada pelo Min. Ricardo Lewandowski rechaçou o uso da analogia.

Segundo seu entendimento, robustecido pelo pensar de Norberto Bobbio, a aceitação da lei geral de greve somente seria oportuna se houvesse

²⁰ Dados coletados do Informativo nº. 480.

semelhança relevante entre as hipóteses. Assim, não haveria semelhança plausível entre a greve na esfera pública e a greve na esfera privada. Ante tal contrariedade, manifestou-se no sentido de que o Judiciário não é dotado de competência para alterar a lei (Lei nº. 7.783/89), mesmo que somente algumas modificações pontuais, por redundar em usurpação de atribuições de outro Poder, advertindo que não haveria como diferenciar tal decisão de uma típica função legislativa. Não obstante, manteve fiel a possibilidade de regulamentação pelo Poder Judiciário, ressaltando, entretanto, que a decisão somente poderia ser conferida ao impetrante e nos termos por ela instituídos²¹. Deste modo, aferventou o debate ao afirmar a utilização da posição concretista individual na solução do MI nº. 708, de sorte a suplantar o entendimento defendido do outro lado da bancada do STF na adoção da posição concretista geral.

O choque de posicionamento na Suprema Corte é situação irrelevante diante do avanço manifestado na supressão da omissão legislativa. Ambos os entendimentos apontam para mesma direção. Direção esta que vem a calhar após aproximadamente 15 anos de espera por uma resposta do Poder Legislativo na prestação de seu desiderato constitucional.

Considerações Finais

A falta de disciplina por normas constitucionais de eficácia limitada passou de uma simples omissão legislativa para um entrave na resolução de discussões jurídicas a respeito do exercício de direitos constitucionais previstos, porém não exercíveis. O problema chegou ao ponto de a Corte Suprema tachá-lo como síndrome da inefetividade. Por conta disso, o Judiciário tinha suas mãos amarradas pelo Legislativo. Seu poder decisório não poderia sobrepujar o Poder Legislativo de complementar tais normas. Assim, o mandado de injunção – mecanismo processual de combate à inefetividade das normas constitucionais – consistia em mero ato de desafogo.

A partir da apreciação do MI nº. 708 despontou no plenário do STF, majoritariamente, novo sentir acerca do impasse. Instaurou-se em sua bancada mudança paradigmática quanto às formas perspectiva que se avulta no fenômeno jurídico da constitucionalização do Direito e na reafirmação do ideal democrático. Reafirmando-se que, acima

do próprio poder de legislar, está a efetivação dos fins insculpidos no espírito da constituição.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática transformada*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 14 nov. 2007.

BRASIL. *Lei nº. 7.701, de 21 de dezembro de 1988*. Dispõe sobre a especialização das turmas dos tribunais do trabalho em processos coletivos e dá outras providências, Brasília, DF, 28 jul. 1989. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 jul. 2007.

BRASIL. *Lei nº. 7.783, de 28 de junho de 1989*. Regula o direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade e dá outras providências, Brasília, DF, 28 jul. 1989. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 14 nov. 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *As garantias do cidadão na justiça*. Coordenação Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; Miranda, Vital. *Os poderes do presidente da república*. Coimbra: Almedina, 1993.

²¹ Voto do Min. Ricardo Lewandowski proferido em 19.09.2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CRISAFULLI, Vezio; PALADIN, Livio. *Comentario breve alla costituzione*. Pádua: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1990.

CRUET, Jean. *A vida do direito e a inutilidade das leis*. Salvador: Livraria Progresso, 1956.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1992.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2006.

HOUAISS, Antonio. *Dicionário eletrônico Houaiss de língua portuguesa*. São Paulo: Objetiva, 2001.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2006.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional para concursos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.